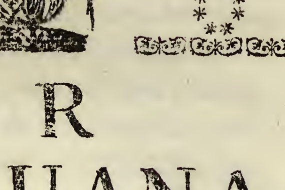




POR DOÑA JUANA

DE CVENCA VILLACRECES

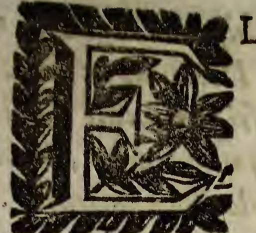
ALIAS DOÑA ANA MARIA DE VILLAVICENCIO CVENCA y Villacreces, viuda de Don Nuño Francisco de Villavicencio, Cavallero de el Orden de Calatrava, posseedora de el Mayorazgo que fundo Doña Juana Cuenca y Villacreces.

EN EL PLEYTO

CON DON GERONIMO MIGVEL DAVILA, MENOR, posseedor del Mayorazgo que fundaron Doña Juana Davila, y D. Geronimo Davila su marido, y Don Martin Alberto Davila, nieto de los susodichos, vezinos todos de la Ciudad de Xerez de la Frontera.

SOBRE

LA POSSESSION DE CINCO CASAS EN LA CALLE DE Lasteria, ò Lanceria de dicha Ciudad, de que es posseedora la dicha Doña Juana de Cuenca y Villacreces, alias Doña Ana Maria de Cuenca y Villavicencio.

N. 1. L HECHO QVEDA motivo à este pleyto, es como se sigue.

2 Por el año passado de 1598. la dicha Doña Juana de Cuenca y Villacrezes, viuda de Don Martin Davila, no teniendo mas hijos, que à Doña Juana Davila, y esta casada con Don Geronimo Davila, quienes tenian por su hijo à D. Martin Davila: por el testamento, baxo de que muriò, fundò Vinculo, y Mayorazgo de tres cavallerias de tierra, y casas de piedra en la Dehesa de Maxarromaque, suyas proprias, y vnas casas meson en dicha Ciudad en su hija Doña Juana, y sus hijos, y descendientes, con assistencia, presencia, y consentimiento de dicha su hija, yerno, y nieto; cuyas Clausulas son, ibi: *Item, en la mejor via, y forma que de derecho huviere lugar, y por via de donacion irrevocable entre vivos, hago Vinculo, y Mayorazgo de tres cavallerias de tierra, poco mas, ò menos, con vna casa de piedra q̃ en ellas està, que yo tengo, y posseo mias, que fueron entregadas en satisfaccion de mis bienet dotales por Don Geronimo Davila, y Doña Iuana Davila su muger, mi hija, y yerno, por escriptura ante el presente Escrivano, que son en el donadio de Maxarromaque, &c. Y assimismo hago el dicho Vinculo, y Mayorazgo de vna casa meson, que se dize, y nombra: El meson de el carbon; el qual Vinculo, è Mayorazgo hago, è instituyo en la dicha Doña Iuana Davila mi hija, muger de D. Geronimo Davila; y despues de sus dias, succeda el dicho Don Martin Davila mi nieto, su hijo varon, el qual dicho Vinculo, y Mayorazgo hago, è instituyo con las clausulas, y condiciones siguientes.*

2 *Item, con condicion, que en caso que el dicho Don Martin Davila mi nieto, Dios Nuestro Señor,*

Señor no sea servido de darle hijos de legitimo matrimonio, siendo viva la dicha Doña Iuana Davila mi hija, estos dichos bienes que assi yo vinculo, la dicha mi hija pueda disponer de ellos, y vincularlos, como à ella bien visto le fuere, haziendo los llamamientos, y gravamenes que quisiere, y conforme lo que yo tengo tratado con ella; porque entiendo, y tengo por cosa cierta, que assi lo harà, y cumplirà mi voluntad.

3 *Item, con condicion, que si la dicha Doña Iuana Davila mi hija quisiere arrimar, y vincular à el Mayorazgo que instituyeron los dichos Don Geronimo Davila, y Doña Sebastiana Ponçe de Leon sus abuelos, y D. Martin Davila su padre los dichos bienes q̃ assi vinculo, que son las dichas tierras, y casas de Maxarromaque, è las casas meson de el carbon, ò vincularlos ella de por sì, con los Vinculos, gravamenes, y condiciones que ella quisiere, lo pueda hazer à su voluntad; CON CONDICION, QVE EN LVGAR DE ESTOS DICHOS BIENES, SVBROGVE PARA ESTE DICHO VINCVLO, Y MAYORAZGO, DOCIENTOS DVCADOS DE RENTA EN TRIBVTOS, O EN HAZIENDA, QVE RENTARE LA CANTIDAD, PERPETVAMENTE, QVE SEAN SEGVROS, Y SANEADOS DICHOS BIENES QVE ASSI SVBROGARE, LOS QVALES QVEDEN VINCVLADOS EN LVGAR DE LAS DICHAS TIERRAS, E CASAS, E MESON, CON LAS CONDICIONES, VINCVLOS, Y LLAMAMIENTOS CONTENIDOS EN ESTE DICHO VINCVLO: POR MANERA, QVE TAN SOLAMENTE SE PVEDAN MVDAR LOS DICHOS BIENES, Y SVBROGAR VNOS POR OTROS.*

4 Y la Clausula que dà motivo à este pleyto

to; es como se sigue. Ibi: *Item, con condicion, que los dichos Don Geronimo Davila mi yerno, y la dicha Doña Iuana Davila mi hija, y el dicho Don Martin Davila mi nieto, sean obligados de redimir, y quitar todos los tributos que pago sobre las dichas tierras de Maxarromaque, y meson de el carbon; porque los dichos bienes han de quedar libres de todo tributo, è hipoteca, y en el interin que no se rediman, se paguen los corridos dellos de lo que rentaren cinco casas tiendas que yo tengo, y posseo mias, en vna hazera en la Calle de la Hasteria, las quales en ninguna manera se puedan vender, ni enagenar, sin que primero, y ante todas cosas estèn redimidos los dichos tributos; porque de su renta se han de pagar los corridos, como està dicho; y para ello se le han de entregar las dichas tiendas à el successor de dicho Mayorazgo, en el interin que no se redimieren: y porque la dicha redencion ha de ser à cargo de los susodichos, como està dicho, è por bien, que subrogando los dichos 200. ducados de renta, como està dicho en la condicion antes de esta, la dicha mi hija pueda disponer absolutamente de los dichos bienes.*

5 Todas las quales condiciones, Mayorazgo, y disposicion de el testamento, lo aprobaron; y se obligaron à su observancia, y à nunca contravenirlo los dichos Don Geronimo, Doña Juana, y Don Martin Davila, padres, y hijo, y lo juraron.

6 Suponese assimismo, que en el año de 1610. doze años despues de esta fundacion, otorgo su testamento dicha Doña Juana Davila, y en èl la susodicha, y dicho su marido de vn acuerdo, y conformidad, fundan Mayorazgo de los bienes de entrambos en Don Martin Davila su nieto, hijo de el dicho Don Martin su hijo, y cada vno và expressando sus bienes; y por lo que mira à la dicha Doña Juana, dize de esta suerte, ibi: *Y porque mi señora madre*

Doña

Doña Iuana de Villacreces, en su testamento que otorgò ante Geronimo Sanchez Moreno, Escrivano publico de dicha Ciudad, en el año passado de 598. me dexò vinculadas dichas tres cavallerias de tierra, para que en ellas succediesse yo la dicha Doña Iuana (esto dize, porque antes inmediate à esta clausula, dexa vinculadas seis cavallerias de tierra, indivisas con estas tres) *y despues de mis dias, mi hijo Don Martin, sus hijos, y descendientes; y en falta de no tenerlos, el dicho Don Martin Davila mi hijo, remitiò à mi voluntad las fuerças, y gravamenes, y successores que en ellas avian de succeder: en las dichas tres cavallerias de Maxarromaque, queremos, y es nuestra voluntad, que la persona que en ella succediere, las aya, lleve con las condiciones, gravamenes, y fuerças que aqui iràn declarada.*

7 *Y assimismo vinculamos, y dexamos por bienes de Mayorazgo à el dicho Don Martin Alberto Davila nuestro nieto, seis pares de casas que tenemos en esta Ciudad, en la Callacion de S. Miguel, en la Calle de la Hasteria, que son de mi la dicha Doña Iuana Davila, y las huve, y heredè de mi señora madre.*

8 Y finalmente, marido, y muger disponen vna fundacion de Mayorazgo nuevo, de los bienes que cada vno tenia, incluyendo en ella las casas de este pleyto, y tambien todos los de este Mayorazgo de Doña Juana su madre, y suegra, por vn medio de singular astucia; pues sin expressar formalmente que los comprehende en dicha su fundacion, lo executan en la realidad, pues dizen, ibi: *Que la persona que en ellas succediere, las aya, y lleve con las condiciones, gravamenes, y fuerças que aqui iràn declaradas.*

9 Y las condiciones que pone son: Que el posseedor se aya de llamar, siendo varon, Don Martin Alberto Davila, y si es hembra, Doña Juana Davila,

vila, y à el que no lo cumpliere, lo excluye; y à sus descendientes de la succession, y possession de los bienes que vinculò su madre, y de los que vinculan los susodichos; y debaxo de la misma pena añaden, que ayan de casar los posseedores con persona de el linage de los Davilas, y el vso de sus Armas à la mano derecha; cuyas condiciones, y gravamenes igualmente quieren se observen, y practiquen por sus hijos, y descendientes, que por los parientes de el mismo linage Davilas, à quienes llaman acabada su descendencia.

10 Todo lo qual es opuesto ex diametro à la disposicion de su madre, y suegra; pues esta manda expressamente en la fundacion de su Mayorazgo, ibi: *Con condicion, que el posseedor de este Mayorazgo, siendo varon, sea obligado à llamarse Don Francisco de Cuenca y Villacreces; y si fuere hembra, se llame Doña Iuana de Villacreces y Cuenca.* Et ibi: *Que sean obligados à poner en sus reposteros, y en todos los lugares donde pusiere sus Armas, las de los Cuencas, y Villacreces; y contraviniendo à esta clausula, como quiera que sea, pierda el dicho Mayorazgo, y passe à el siguiente en grado.*

11 Y assimismo lo es en la separacion, y distincion que quiso, y contemplò la Fundadora Doña Juana de Villacreces entre su Mayorazgo, y los de los Davilas; pues manda, que siempre que tenga dos hijos el posseedor, ò hijo, ò hija, succeda en su Mayorazgo el segundo, que no succediere en el de los Davilas, en cuya prevencion se dilata mucho, concluyendola, ibi: *Porque no han de andar juntos, si no es en caso que el posseedor de los dichos Mayorazgos no tenga mas que solo vn hijo, ò hija, y de esta manera succeda perpetuamente.*

12 Esto supuesto, discurriò la succession de este Mayorazgo por los descendientes de dichos

Do-

Doña Juana, y su marido hasta el año de 1692. que feneciò en Doña Juana Davila, viuda de Don Christoval Davila Ponçe de Leon, vltimo posseedor, sin descendientes: Se puso demanda de Tenuta en el Real Consejo por Don Nuño Francisco de Villavicencio, como marido de esta parte, à que se opuso D. Joseph Garcia Martin Alberto Davila, entre los quales se siguiò el pleyto, y concluso, obtuvo Sentencia de Tenuta à su favor esta parte, como parienta mas cercana, por quarta nieta de hermana de la Fundadora, en cuya virtud tomò la possession de los bienes, y de estas casas, conforme à lo literal, y expresso de la fundacion; y remitido à esta Corte el pleyto, se puso demanda à esta parte sobre la propriedad por el dicho Don Joseph Garcia, se contextò por esta, y recibido à prueba, se quedò en este estado desde el año passado de 1697.

13 Es constante tambien, que la parte de dicho Don Joseph Garcia su hijo, y nieto, han intentado diversas vezes tomar la possession de estas casas por via de espediente, y sin noticia de esta parte; vnas vezes ganando Reales Provisiones en vista de la fundacion de Doña Juana, y Don Geronimo Davila, callando la de su madre, y suegra, y la possession en que estaba esta parte, en virtud de la dicha fundacion de la madre, y por la Tenuta: que siempre se han desvanecido, y recogido las Provisiones en vista de esta fundacion, y quexa fundada de esta parte: Otra ante la Justicia Real, de hecho se le diò la possession; porq̃ fue preciso à esta parte acudir à esta Corte, y con representacion de los fundamentos dichos, se deshizo este atentado, y manutuvo à esta parte: Hasta que por el año passado de 712. se le puso demanda sobre la possession en forma por parte de Don Geronimo Miguel Davila, hijo, y nieto de los antecedentes, que

es

es ſobre lo que eſta viſto, haziendo fundamento de la nueva fundacion que hizieron dichos Doña Juana Davila, y ſu marido, en que deſpreciando la fundacion de ſu madre, y ſuegra, conſentida, aprobada, y jurada ſu obſervancia por los ſuſodichos, y ſu hijo D. Martin, incluyeron eſtos bienes en dicha ſu fundacion, atropellandola, y contraviniendo à ſu propria obligacion, como ſi tal no huviera avido.

14 A tres medios reduciremos los fundamentos que hemos diſcurrido por la juſticia de eſta parte.

15 El primero, ſerà fundar, que las caſas ſobre que es eſte pleyto, deſde el principio de la fundacion de eſte Mayorazgo, fueron anexas, adherentes, & veluti pars acceſſoria à dicho Mayorazgo, y ſus bienes, y como tales, fueron comprehendidas precisa, y realmente en la ſentencia de Tenuta; en cuya virtud, deſde entonçes las poſſee eſta parte.

16 En el ſegundo, que en atencion à lo referido, no puede ſufrirſe oy eſte pleyto ſobre la poſſeſsion de dichas caſas, como ſe ha intentado en eſte Tribunal, ni en otro alguno.

17 El tercero, que aun caſo que fuera poſsible, y legitimo el poderſe oy litigar ſobre la poſſeſſion de eſtas caſas, ſe debia determinar à favor de eſta parte, como tal poſſeedora, y como à quien aſsiſte ſegura juſticia en lo principal; y porque el dicho D. Miguel Davila, no ſolo carece de eſta ventajoſa calidad, pero ni es parte para eſte pleyto, ſi no lo ha intentado.

MEDIO PRIMERO.

18 EN la hipoteſi de eſte juyzio, intentado poſſeſſorio, no ſe puede poner en queſtion; la

existencia de este Mayorazgo, sobre si quedò alterado por la fundacion que Doña Juana Davila, y su marido hizieron, doze años despues de muerta su madre, y encontravencion de la fundacion de la susodicha; porque serà disputa importuna, y irreverente en desacato de la autoridad de el Real Consejo, y su Sentencia de Tenuta, en que por el mismo hecho de admitir el juyzio, y pronunciar su sentencia, tiene declarada su existencia, como supuesto preciso preambulo essencial, attributivo de la jurisdiccion de el Real Consejo, sin el qual no passara ad vlteriora contra la *l.* 43. *de Toro*, que dize, ibi: *Las cosas que son de Mayorazgo.* Dom. Paz *de Tenut. cap.* 4. *à num.* 1, *max. num.* 7. & *cap.* 24, *num.* 8. & 9. Dom. Pal. Rub. *in l.* 45. *Taur. à num.* 2. Dom. Molin. *de Primog. lib.* 3. *cap.* 13. *num.* 8. Dom. Valenç. *cons.* 97. *num.* 222. Y estando esta parte en su virtud posseyendo, y pendiente en esta Corte el juyzio de la propriedad, en el qual solo avrà capacidad à dicha disputa.

19 Que dichas casas sean anexas à dicho Mayorazgo, es cierto de jure, & facto, ibi: *Se le han de entregar à el successor de este Mayorazgo, mientras no se redimieren los censos.* Estos no se redimieron, como despues demostraremos; esto se llama anexion, ò accession: Dom. Salg. *de Reg. Protect. part.* 4. *cap.* 10. *num.* 91. ibi: *Quoniam illa dicuntur de pertinentijs, quæ aut lege, statuto, homine, aut consuetudine ad vsum alicuius rei sunt destinata distincta, cui vt accessoria accedunt.* Ex Bald. Soc. Decc. Cravet. Mantic. & alijs, & Innoc. *in cap. Cum ad sedem de rest. ex poliat.* Y en el *num.* 89. ibi: *Quoniam pertinentiæ, sunt apendices rei principalis, & dicuntur anexæ, & conexæ, rei ipsi, & eiusdem naturæ censentur: Ex l. Quæ Religionis, ff. de rei vindic.* Et *num.* 90. ibi: *Et rei principali*

pali servare videntur, tanquam quid accessorium, & cum l. Si quando 2. C. de boni vacant. Idem ait Dom. Molin. *de Primog. lib. 1. cap. 26. per tot.* & Dom. Castill. *tom. 6. cap. 165. à num. 18. & per tot. cap. Cum plurib.*

20 Serà voluntario negar esta qualidad en dichas casas; yà les llamen apendices, pertinencias, accedentes, vel anexæ, todo lo comprehenden las doctrinas referidas; por voluntad de la Testadora fueron anexas, que es el medio mas vigoroso, è indisputable, vt aiunt DD. supra; pues es bastante por costumbre, solo las quiso separables en el caso, y condicion de redimir los censos à que estaban afectos los bienes de su fundacion, *y no en otra manera*: Erg. No aviendo cumplido con este cargo, condicion, y gravamen de redencion su hija, y nieto, nunca llegò el caso de separarse: Erg. Per necessarium consequens in anexione, & accesione permanent.

21 De este principio, y supuesto cierto, resulta, el que por la misma Sentencia de Tenuta, en que se diò à esta la possesion de los bienes de el Mayorazgo, se le diò tambien de estas casas, como accessorias, y pertinencias suyas: Avend. *in l. 45. Taur.* in Gloss. verb. *Las cosas que son de Mayorazgo*, ibi: *In simili loquitur de bonis auctis maioratui*, Dom. Paz *tom. 2. cap. 51. num. 1.* Dom. Salg. vbi supr. *num. 110.* ibi: *Sententia lata, super certa specie judicij generalis, nocet in omnibus eius accessorijs, vel dependentijs, licèt super eis non fuerit disceptatum.* Et *num. 111.* ibi: *Sententia lata super re petita, intelligitur etiam super accessorijs ab ea dependentibus, licèt in ea specialiter, non exprimantur.* Et *num. 113.* ibi: *Lata in principali extenditur ad conexa, pertinentia, & adherentia.* Cita muchos sin referir contrario à esta doctrina, fundados *in leg. Cum tibi, C. de juditis*, probando el señor

ñor Salgado, que el Juez executor de sentencia; no excede de su comision, por executarla tambien in accessorijs, & pertinentijs, licèt non expressis, aut cõtentis in ea, sin embargo, que la sentencia stricti juris est.

22 Y en el *num.* 124. idem Dom. Salgad. advierte que para evitar escrupulos, serà acertado q̃ en el libelo se pidan saltim generaliter estas accessiones, ibi: *Executor rei judicatę, non excedit, si eam exequitur in pertinentijs, & apendicibus pertinentibus, & anexis, aumentis, & coharentibus ipsi rei, etiam, si in ea non exprimantur, cum hoc tamen temperamento, vt illæ pertinentiæ saltim in genere sint antea petitæ.* Cuya prevencion se halla executada en la demãda de Tenuta, en que expressamente dize, ibi: *Con todos sus agregados*, como consta de la Executoria que esta en estos autos.

23 De todo lo qual, se infiere necessariamente, aver sido dichas casas ab origine maioratus anexas, y adherentes à sus bienes por voluntad expressa de la Fundadora, baxo de la condicion de redencion de los censos para su separacion; y tambien se infiere la precisa comprehension de ellas en la sentencia de Tenuta, como la legitima possessiou de esta parte.

MEDIO SEGVNDO.

24 EN este dezimos, que no puede admitirse oy; ni continuarse el juyzio possessorio intentado, y que se debe mandar, que la parte de Don Miguel Davila continue el juyzio de propriedad, que està pendiente en esta Corte sobre dichas casas, y sobre los demàs bienes de el Mayorazgo; porque avien do Real Executoria de Tenuta à favor de esta parte,

en

en cuya virtud las possee, como accessorias, anexas, y adherentes suyas, comprehendidas en dicha Executoria; no se puede, ni ay capacidad para otro juyzio possessorio sobre ellas, por resistirlo expressa, y formalmente nuestras leyes Reales de la materia, y repetentes de ellas, como son la *ley* 10. *tit.* 7. *lib.* 5. *Recopil.* que diò la segunda forma à los juyzios de Tenuta, lo dize expressamente, ibi: *Tan solamente se haga la remission, quanto à la propriedad, y no assimismo en quanto à la possession; de manera, que la sentencia, y determinacion de el Consejo, sea, y se entienda ser en possession, y que sobre lo assi sentenciado, NO AYA, NI PUEDA AVER OTRO JUIZIO DE POSSESSION.*

25 Vino despues nuestra *l.* 5. *tit.* 19. *lib.* 4. *Recop.* y confirmando esta, en quanto à la comprehension, essencia, y valor de todo lo que es possession en la Sentencia de Tenuta, adelanta, ò corrige la forma, y modo de substanciar dicho juyzio, quitando la segunda instancia, ò revista que avia, y se practicaba en èl, y reduciendo à solo vna vista, y sentencia, ibi: *Que en los pleytos de Tenuta, y possession que de alli en adelante se començasen en el Consejo, no aya, ni pueda aver suplicacion, ni otro remedio, ni recurso de la primera sentencia que en ellos se diere, Y QUE EL PLEYTO SE REMITA LUEGO EN LA PROPRIEDAD A LAS AUDIENCIAS DONDE LAS PARTES SIGAN SU JUSTICIA.*

26 Siendo tan expressas, y formales dichas leyes, no necessitan de aplicacion à el caso presente, por constar de su letra, y contexto, que en el juyzio de Tenuta se absuelve, y difine todo lo que toca à possession, sin que alli por suplicacion, ni en otro Tribunal por medio alguno se pueda inculcar juizio

possessorio, ni cosa perteneciente à possession, dando la razon nuestros DD. porque en la Tenuta se conoze de la causa, y titulo de posseer, de el modo, y razon de adquirir, y retener, siendo para esto ordinario medio el discurrir, y conocer de el dominio, y propriedad, aunque no plenarie, à el modo que en la accion publiciana, que era el juyzio possessorio mas plenario, que la Jurisprudencia Romana conociò, y que no dexaba que ventilar sobre la possession; y por esso la llamaron: *Actio coniuncta juri perpetuo.* Vt ex Bart. Dom. Covarr. *lib.* 1. *var. cap.* 4. *num.* 7 *& cap.* 17. *num.* 3. 4. *&* 5. Dom. Paz *de Tenut. cap.* 58. *num.* 1. *& cap.* 69. *num.* 12. & alibi pluri. Y por esta misma razon, el juyzio de Tenuta apud practicos, se llama possessorium juris: Dom. Olea *tit.* 6. *quæst.* 5. *à nu.* 13. no solo porque difine, y absuelve todo lo que es possession, si no porque percutitur, & cognoscitur in eo, de quanto parece dominio, y propriedad, como medio conducente para la determinacion en la possession.

27 Ex quo manifeste aparet ser imposible el juyzio intentado de contrario, por la resistencia legal expressa que lo prohibe, y anula, ni tampoco sobre la propriedad pudiera intentar juyzio sobre estas casas separadamente del Mayorazgo, por su anexion, y adherencia, vt supr. dixim. y solo tiene el medio legitimo de continuar el juyzio sobre la propriedad de dicho Mayorazgo, que està pendiente en la Sala; aliter nanque es inexcusable la nulidad, por contravenirse à leyes tan expressas en la materia, y caso presente, y contra la suprema autoridad de el Real Consejo, y su determinacion.

28 Harase replica contra esta parte de no aver opuesto esta excepcion en el ingresso de este pleyto. A que responde: Que la experiencia de las repetidas

peridas inquietudes, que la contraria, ſu padre, y abue lo han cauſado à eſta parte, y ſu marido deſde que tomò la poſſeſsion de eſtas caſas, pretendiendola conſeguir por interpreſſa ante la Juſticia de Xerez; y por expediente en la Sala, demonſtrando para ello ſolamente la fundacion de Doña Juana Davila, y ſu marido, en que expreſſamente ſe contienen; cuyos atẽtados de la poſſeſsion que ſe les daba, ha coſtado, y cauſado à eſta parte mucha moleſtia, y gaſto el deſhazerlos, preſentando la fundacion de Doña Juan de Villacreces, y la Real Executoria; y alegando en a forma eſtas legitimas excepciones, y viendo que con ninguno de dichos actos ſe deſengañò la parte contraria, pues paſsò vltimamente à poner eſte pleyto ſobre la poſſeſsion en eſta Corte: reſolviò eſta parte, por redimir ſu vejacion, contextarla, para que viſto por V. S. radicalmente, y declarando la reſiſtencia legal que impide el intento de contrario, por lo que mira a poſſeſsion, ſe deſengañe de vna vez, y ceſſe en las moleſtias de eſta parte.

MEDIO TERCERO,

29 EN eſte afirmamos, que aun caſo que oy ſe pudiera admitir el juyzio intentado de cõtrario, es clara, y notoria la juſticia de eſta parte, y que la contraria no es parte oy, ni nunca pudo ſerlo para lo que pretende, quod patebit ex dicendis.

30 Sea lo primero afirmar, que el dominio de eſtas caſas, ha eſtado, y eſtà à fundatione maioratus, en eſte, y en ſus poſſeedores, quod patet evidenter, de aver ſido vn mero legado el de eſtas caſas, y ſus rentas que hizo la Teſtadora à dicho Mayorazgo, y poſſeedores, ſin poderlo dàr otro nombre, ni naturaleza, quia fuit relictum in vltima voluntate

defal-

defalcando, seù diminuendo hæreditati hanc portionem, & dando maioratui, assi lo difinio el Consult. Florentin. *in leg. Legatum* 116. *de leg.* 1. ibi: *Legatum est delibatio hæreditatis, ex eo quod universum hæredis foret, allicui, quid collatum velit.* Y es sabido, como notorio, que el dominio de la cosa legada pure, se adquiere à el Legatario à morte Testatoris: *leg. Si tibi homo, de leg.* 1. *leg. Atitio, ff. de furt. l. vnic. §. In novissimo, C. de caduc. toll. l.* 134. *tit.* 9. *part.* 6. Dom. Salgad. *Labyr. part.* 2. *cap.* 14. *num.* 21. Dom. Olea *tit.* 4. *quæst.* 5. *num.* 4. *maximè*, siendo res, vel species legata, hoc est non quantitas: Ergo. Ex hoc capite, es innegable el dominio en esta parte, como lo es la possession.

31 Confirmatur à maioritate rationis, *ex leg. Titia cum testamento, §. Titia cum nuberet de leg.* 2. & Dom. Molin. con el comun de los DD. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 5.† De que aun en caso de legar vna cosa à vno mientras viviere, y que por su muerte buelva à el heredero; siendo assi, que es tiempo determinado, è indefectible el sañalado: resuelve. que passa el dominio, y propriedad à el legatario, y por su muerte rebertitur à el heredero. En nuestro caso fue condicional: Erg. Potiori jure corre la doctrina; puesto que le es licito à el legatario gravado à restituir sub conditione, ea pendente, hipotecar, ò enagenar la cosa legada, cuyos actos duraràn dum nõ advenerit conditio; sed adveniente conditione rescinduntur, & evanescunt, *leg. fin. §. Sim autem, C. comun. de leg. l. Lex victigali, ff. de pig. & hipot. l. Grege, ff. eod.* Roboratur; quia certum est jure, que el legado se limita, ò estiende, segun la causa final para que se haze: *leg. Cum pater, §. Dulcissimis, de leg.* 2. *l. Titia, §. fin. Eod. & l. Libertis, ff. de alim. & civ. leg.* Surdus *cons.* 77. *num.* 33. & *cons.* 150. *num.* 58. Y siendo

la

la causa final de la Fundadora, que el posseedor de su Mayorazgo no pagara de su renta los censos impuestos en sus bienes, y por esto aver gravado à la redencion su heredera, no aviendo esta cumplido, permanece la causa, & consequenter la redencion en el Mayorazgo.

32 Augetur, aunque fuera por tiempo determinado de diez, veinte, ò mas años, passa tambien en el dominio à el legatario: *leg. Legatum de leg. 2. leg. 7. tit. 4. part. 5.* vbi Greg. Lop. verb. *Possession.* ibi: *Quid in legato ad tempus alicui relictum, & post tempus alij; videtur quod sit idem, cum legatum sit donatio quædam, &c. Facit etiam, leg. 2. C. de donat. quæ sub modo,* Gom. *2. var, cap. 10. num. 3* Luca di empt. discurs. 1. an. 8. 90 an. 5.

33 De inde ex alio capite, aunque no fuera legado, ni acto celebrado en testamento, avia passado el dominio en el Mayorazgo, y sus posseedores, por la destinacion, ò asignacion real, con la tradicion de estas casas para que de ellas se pagaran los reditos de los censos: ita Menoch. *cons. 229.* Luc. *de Feud. disc. 62. à num. 4. & de credit, disc. 135. num. 8. & 14. & disc. 136. nu. 8.* Quia asignatio rei cum eius traditione dicit in suo proprio conceptu translationem dominij, aunque no se expresse: Bart. *in leg. Si constante, ff. solut. matr. num. 93.* à quien siguen todos siendo legal fundamento de esto: *leg. Dotis fructus, §. fin. & leg. Seq. ff. de iur. dot. leg. Lutius, ff. de evict. & tot. tit. ff. de asignand. libert.* docet iterum ipse Menoch. *cons. 201. num. 6.* y que no admite question, ni duda interviniente traditione cum asignatione: idem tuetur Dom. Olea *tit. 7. quæst. 3. num. 23.* Maximè, siendo dicha asignacion real, vt patet ibi: *Se han de entregar à el successor de dicho Mayorazgo, &c.* Y quando es cosa diutinæ durationis aut tractus succesibi, que se dà, ò concede à vno que exerce

 dig-

dignidad, oficio, &c. V.g. Posseedor de el Mayorazgo, Obispo, ò Canonigo, &c. Se entiende perpetuo à todos los successores en el oficio: *leg. Quod Principi 56. deleg. 2.* ideoque es real, quia relationem fecit in nominatione ad officium, optime Dom. Salg. *de Reg. Prot. part. 3. cap. 10. à num. 54.* Dom. Cast. *tom. 1. cap. 67. à num. 19.* cum Dom. Covarr. Mier. Molin. & alijs.

34 No serà estimable, si contra fundamẽtos tan legales se opusiere, que aqui solo quiso la Testadora, que el Mayorazgo percibiesse las rentas de dichas casas para la paga de los reditos de dichos censos; no empero, pensò en transferirle dominio, porque este parece lo dexò en su heredera, pues le prohibe la enagenacion mientras no redimiere. Responderemos por partes: Y à lo primero dezimos, que dicha replica no es admissible, si no es olvidandose, y contraviniendo à principios tan legales, y ciertos, como dexamos fundados; pues dicha asignacion, y tradicion, fue para que el posseedor de su Mayorazgo no pagasse jamàs de su renta los reditos de dichos censos, si que la percibesse integra, pagandolos de dichas casas mientras no se redimieran, y como enixa, y repetidamente constat ex claus, en cuyos terminos, aunque fuera legado solo de vsufructo, siendo perpetuo el Mayorazgo legatario, ò asignatario, lo era tambien el vsufructo, y fuera inutil el dominio, y propriedad en su heredera: *l. An vsufructus, ff. de vsufruct. l. penult. tit 31. part. 3.* Porque su voluntad, y concepto expresso; fue, que en caso de no cumplir su heredera con el gravamen de redimir, siempre quedassen en el Mayorazgo, y sus posseedores, para que las mandò entregar.

35 Ni aunque digan fue legado anuo (q̃ no puede ser por aver entregado la cosa) en siendo este

este hecho à cosa perpetua, es perpetuo: Gom. 2. *var. cap.* 15, *num.* 20. *in med.* Dom. Covarr. *var. lib.* 3. *cap.* 5. *num,* 4. Dom. Molin. *de Primog. lib.* 1, *cap.* 3. *num.* 14. & *cap.* 4. *num.* 49. Dom. Castill. *tom.* 5. *cap.* 87. *num.* 25. versic. *Si inquam ita dixeris.* Sed el Mayorazgo es cosa perpetua, vt omnibus patet: Erg. Defecta conditione sub qua finiri potuit hæc asignatio, vel traditio, in perpetuum remanent anexæ maioratui, vt antea.

36 Nec obstabit si dicatur, que era hija la heredera: y se puede presumir quiso que el dominio le quedasse, non obstante traditione, porque esta qualidad no añade circunstãcia para limitar los principios, y reglas sentadas, y no ay palabra de que inferirlo de sus clausolas; y si era hija, como heredera, tambien lo era, como successora de el Mayorazgo fundado inmediate para ella, y sus descendientes; y tanto en hijos, como en estraños herederos corre el principio, quod plus diligit testator legatarium in re legata, quam hæredem, vt §. 1. versic. *In summa inst. de donat. leg. In tempus, ff. de vsucap. leg. Julian.* 60. *ff. deleg.* 2. *leg. Siquis eum* 37. *ff. de condit,* & *demonst.* Nata *cons.* 110. *num* 8. Mantic. *lib.* 7. *tit.* 1. *num.* 30.

37 Y en quanto à la segunda parte de la objeccion, dezimos; que el prohibir la Testadora la enagenacion de estas casas, en el mismo acto de mandarlas entregar à el successor de Mayorazgo, fue precisse, & naturaliter, por considerar la Testadora, que su hija Doña Juana, era su heredera, y successora en su Mayorazgo, y como tal, pudiera anticiparse de hecho à enagenarlas, ò disponer de ellas, como dispuso, que no sin causa justa fue la prevencion, y prudente cautela de su madre, de mandar se entregarán à el posseedor de el Mayorazgo, en el interin que no

se

se redimian los censos, & sub ipso interim; & conditione prohibir su enagenacion, tam apensate, & enixe, vt ibi: *Y no en otra manera.*

38 Amplius; porque de esta prohibicion de enagenacion, no puede inferirse otra cosa, que la negacion, y imposibilidad en que la Testadora constituyò, è impuso, assi à su heredera, como à sus successores, en quanto à la disposicion de estas casas, sin el cumplimiento de la condicion, ni otra cosa se puede sacar, quia, vt docemur, *in leg. Cum tale, §. Falsam, ff. de cond. & demonst.* lo que se dize, y dispone ad diminuendum, no puede ser ad augendum, y de lo contrario dixeramos lo mismo en las prohibiciones de enagenacion, que ordinarie ad scribuntur in fundationibus maioratuum, se comete vicio de pleonasmo, ò reduplicacion, por traer el Mayorazgo sua ipsius natura prohibida la enagenacion de sus bienes, & nihilominus de esta expression, resultan circunstancias relevantes, vt omnibus patet.

39 Y en suposicio que estas casas huvieran sido vna mera hipoteca de dicho Mayorazgo, dum conditio penderet (que no puede ser, attenta earum traditione) fuera nula ipso jure qualquiera enagenacion, ò disposicion hecha en contrario: es terminante nuestra *ley 67. tit. 5. part. 5.* versic. *Otro si*: Luego ni en tal caso era disputable la separacion de dichas casas de este Mayorazgo sin cumplir dicha condicion, pues fuera nula; mucho menos en el nuestro, en que passò dominio de ellas (aunque revocable) al Mayorazgo, y sus posseedores.

40 Amplius; porque la facultad que la Fundadora dexò à su hija, yerno, y nieto de sacar dichas casas de el successor de su Mayorazgo, y vsar de ellas, como libres, fue sub duplici conditione potes-

tativa,

tativa, disiuntivo modo asignata, ibi: *O de redimir todos los censo: ò de asignar docientos ducados de renta fixa para este Mayorazgo, y tomarse libres todos sus bienes, y por consequencia las casas.* Nada executaron, y siendo condicion precisa (como lo es, pues dize: *Que no en otra manera*) fue nula su alteracion, y las casas, como todos los demàs bienes quedaron en el ser que la Testadora mandò, y dispuso: *leg. Huiusmodi, ff. quand. die, leg. Ced. ex tot. tit. de cond. & demonst. leg.* 1. & 2. *tit.* 4. *part.* 4. Dom. Castill. *tom.* 5. *cap.* 90. *num.* 5. & 16. Dom. Salg. *Labyr. part.* 1. *cap. fin. num.* 89. vbi ex legibus in materia notis, & vulgaribus; enseña, que no cumpliendo la condicion, es como si nunca se huviera dado facultad, comission, ò promessa, y que no resulta accion, ni derecho alguno; esto, porque la condicion induze forma precisa, sine, præter, vel extra quam, non licet ad vlteriora progredi: *leg. Prætor, non sub conditione, in princip. ff. de collat. bon. leg. Necessario* 8. *ff. de peric. & comm. rei vend.* versic. *Quod si subconditione*, que decide ser nulo, *quidquid contrasit. leg. Decem* 116. *circ. fin. ff. de verb. oblig.*

41 Y por ser la condicion de naturaleza, que requiere su cumplimiento informa specifica, precipuè, si es potestativa, como esta: *leg. Qui hæredi* 44. & *leg.* 45. *ff. de cond. & demonst.* Maximè, si es puesta, ò formada à lege, vel atestatore, como aqui: *leg. In conditionibus, ff. eod. tit. & leg.* 1. *ff. de cond. insert.* Y esto corre, y se practica, aunque la condicion sit nugatoria, vel inutilis, que si no se cumple specifice amititur relictum: *vt leg. Mebius* 55. *ff. de cond. & demonst.* Pues que diremos, siendo la condicion que puso la Testadora à su hija, y nieto tan justa, y honrada, mirando en ella à la conservacion de su Mayorazgo, para lustre de su familia, nombre, y apellido?

 Como

Como se podrà escusar por razon, ni respecto alguno la nulidad en la alteracion que con desprecio de la fundacion de su madre executaron, aviendo ofrecido con juramento su observancia?

42 No serà estimable dezir, que por ser hija vnica, lo fue tambien heredera, y fueron suyos todos los bienes, y que asi pudo hazerlo; porque esta replica no es de este pleyto, si no es para la propriedad, y esta despreciada por la sentencia de Tenuta, q̃ diò por real, y existente el Mayorazgo; y aunque fuera de este caso, son reglas notorias, que en hijo vnico, teniendo este hijos, se puede hazer mejora de Tercio, y Quinto, y aunque no los tenga; si el consiente expressamente, es valida, y firme: Todo concurriò aqui; hija, y nieto tenia la Fundadora, y todos consintieron, y juraron: Erg. Vndecumque validus fuit maioratus.

43 Tampoco serà de el caso dezir, que se redimieron 59366. reales de dichos censos; porque debieron ser todos, como la Testadora mandò, & aliter, no cumplieron; pues la condicion puesta à vno, *si decem dederit*, no se cumple dando parte, ni la consigue de el legado à proporcion de lo que diò: *leg. Cui fundus* 56.*ff. de cond. & demonst.* Gom. 2. *var. cap.* 10. *num.* 25. versic. *Quarto infero*, vbi plures Add. Gracian. *tom.* 2. *discept.* 248. *num.* 3.

44 Y si dixeren que aqui fue puesta la condicion a muchos; nempe, à hija, yerno, y nieto, y la *decission de la ley Cui fundus*, expressamente habla de condicion puesta à vno solo; pero si es puesta à muchos, se cumple pro parte: Dezimos lo primero, que en nuestro caso se puso esta condicion de redimir à la hija vnica heredera, y à su marido; y en su defecto, à su nieto, y asi emos de entender la clausula; porq̃ el nieto antes de heredar à su madre, ni tenia caudal,

ni

ni era obligado à el cumplimiento ; y como lo individuo de esta condicion , no està en las personas à quien es, se puso simul, successive (como quisieren cōsiderarlas) sino en aquel precepto , ibi : *Sean obligados de redimir , y quitar todos los tributos , &c.* No aviendo cumplido vnos , ni otros con redimirlos todos , no obsta la objeccion , ni de ello se puede hazer fundamento.

45 Y mucho menos atendiendo, à que esta condicion *non fuit dandi* , quæ divissibilis est enumeratione personarum , *vt dict. l. Cui fundus*, & concord. si no es *facti* , seù *faciendi* , la qual es individua, puesta à vno , ò a muchos : *l. Qui hæres in princ. ff. de cond. & demonst. l. 1. §. Item si in facto , ff. de verbor. oblig. l. In executione* , versic. *Ad opus* , *l. Stipulationes 72. ff. de verb. oblig.* Gom. 2. *var. cap.* 10. *num.* 25. Dom. Pichar. *de Offic. jud. tit.* 17. *cap.* 6. *nu.* 60. Y que fuesse esta condicion *facti* , patet, ibi : *A redimir, y quitar todos los tributos* del Mayorazgo , que jure viene à ser conditio *liberandi, seù liberationis*, vt Gom. cum DD. pro communi , *dict. num.* 25. Porque no les manda que den diez , ni veinte à el Mayorazgo, y sus posseedores, si no es que lo libren de los censos que tiene, redimiendolos; en cuyo acto, aunque se contiene el dispendio , y gasto del dinero , como no es formal concepto expresivo de la Testadora el *dare* ; sed *vt faciant*, id est , *redimant*, por esso es meri facti hæc conditio ; aposite , & lepide ad casum , text. *in l. Fideicommissa* 11. *§. Si in opere , de leg.* 3. vbi : Vn Testador gravò à sus dos herederos à hazer vna obra publica de la Ciudad , y estando ausente , vno pidiò la Republica , à el que se hallaba en ella el cumplimiento de la obra, defendiasse para el todo , ofreciēdo para la mitad la cantidad necessaria , y decidiò el Emperador estàr obligado in solidum , Y DEBER HAZER-

LA

LA POR SI, Y NO CVMPLIR DANDO EL DINERO, y que vsara de su derecho contra el coheredero, por la parte que le tocaba, y el mismo texto, y la glossa hablan, y suponen, que el principal medio de hazerse, era el dinero, & nihilominus, por ser ad factum se juzgò individua.

46 Lo mismo milita; inconfirmationem *ex leg. 2. §. Ex his, ff. de verb. oblig.* vbi el legado sub conditione *redendi rationes*, aunque contiene en sì la paga de el alcançe, que consiste en pecunia danda, nihilominus, jure es individua, facit etiam: *leg. Cum servus* 82. *ff. de cond. & demonst. leg. Julius Paulus Numphidio* 81. *& leg. Qui sub conditione* 111. *ff. eod.*

47 A que se llega, el que la porcion de censos redimidos que opone la contraria, no es de consideracion para este pleyto; porque los 966. Rs. que redimiò D. Geronimo el yerno en el mismo año de la fundacion, apenas llega à la dezima quarta parte, y siendo obligados à redimirlos todos, se manifiesta lo inutil de esta oposicion; pues segun derecho, atendida su obligacion, y el defecto en su cumplimiẽto, ni aun repeticion, ò condicion de esta cantidad pudieran tener sus descendientes, ni el susodicho; ni aun caso que fuera dividua la condicion, no aviendo llegado à la mitad, no le quedaba recurso alguno por ella: *leg.* 38. *tit.* 5. *part.* 5. nos parece terminante, ibi: *Si à el plazo no le fue fecha la paga toda, ò la mayor parte de el precio, sea desfecha la vendida, è gana por ende el señor la señal, è la otra parte de el precio que le fue dado.* Et Dom. Greg. ibi: *Etiam si de hoc non fuisset pactum expressum. Gloss.* 4. Hermosill. *dict. leg. & gloss.* 4. *num.* 11.

48 Y aunque dicha ley habla de pacto legis commiss. siendo tan semejante nuestra especie à la q̃

figu-

figura el texto, aunque fuera especial, y taxativa, se estiende su comprehension à nuestro caso: vt ad simile, *leg. Quæsitum* 13. *ff. de testib. l. Scire oportet*, §. *Qui non jure*, *ff. de escus. tutor.* Dom. Molin. *de Primog. lib.* 1. *cap.* 5. *à num.* 10. Dom. Castill. *tom.* 6. *cap.* 171. *per tot. max. à num.* 14. *qui docent*, que ley de caso especial se estiende; y comprehende à otro qualquiera semejante, etiam in penalibus (que es màs) idem docet Dom. Salgad. *de Retent. part.* 1. *cap.* 9. *à num.* 15. y todos, que siempre que no ay decissión de vn caso, pero ay otra, aunque de distinta materia, y aunque sea especial, cuya razon de la decissión se parifica con la de dicho caso, se ha de governar este por aquel, y es visto comprehenderlo la Ley de Partida, pena al vendedor in amissionem partis soluti prætij, si no cumple à el plazo señalado con la paga de todo, ò la mayor parte (siendo este dividuo iure) y en que no pueda restaurar la cosa vendida pagando lo rèstante: Pues què dirèmos, no aviendo cumplido hija, y nieto en los plazos de sus vidas, señalados por la Fundadora; y no solo esto, si averse passado en desprecio de esta condicion, y de toda la disposicion de su madre tan justa, y premeditada, con aprobacion de los susodichos, à alterarla, y contravenirla en el todo? A maioritate rationis, no halla disparidad la razon.

49 Y en quanto à los 400. ducados de censo, que redimiò Don Martin Alberto, viznieto de la Fundadora, en los años de 619. y 20. son totalmente inaplicables à el aparente fundamento, que de esto se haze; porque èl mesmo reservò para sì en la Escriptura de redempcion este derecho de censo sobre el Mayorazgo, sin querer consiga libertad por ella; y sin embargo se opone, y exclama dicha redempcion, à que tiene sin violencia la decissión de el

Consult. *in leg. 100. ff. de cond. & demonst.* ibi: *Ridiculum enim est, & vt nuptam, & vt viduam, &c.*

50 Y porque siendo preciso, conforme à derecho, que la condicion potestativa, como es esta, se cumpla con animo, y ciencia de executar la voluntad de el Testador, sin que baste el que contingentes, y sin esta ciencia, y animo execute lo mesmo, que se le puso en condicion; *vt leg. Conditionibus 2. leg. Multum inters, ff. de cond. & demonst. leg. Hares institutus, ff. de adquir. hared.* Gomez, 1. *var. cap.* 12. *num.* 62. Noalis *de Transm. cap.* 1. *num* 215. aviendo redimido Don Martin Alberto con animo, ciencia, y fin contrario, mucho menos se podrà adaptar à este caso.

51 Tùm; aunque redimiera este viznieto animo, ad implendi la condicion puesta à su Padre, y Abuelo, no sirviera para el fin de adquirir las casas, por aver sido esta condicion potestativa, puesta nominatim, & expressè à los susodichos, nominibus propijs tantum, quæ non extenditur ad alios; *leg. Aurelio, ff. de liberat. legat. leg. Epistola. §. Fin & Gloss. leg. Qui in futurum, §. Ex altera, ff. de Pact. leg. Si marito, §. Si Pater, ff. solut. matrim. leg. Cum ita. §. In fideicommisso, de leg.* 2. Dom. Castill. *tom.* 4. *cap.* 51. *num.* 11. que estos expressè nominados sunt electi, & prædilecti, y si no es en materia perpetua tractus successibi, non egreditur vltra ab eis dispositio, Dom. Salg. *de Reg. Protect. part.* 3. *cap.* 10. *num.* 58. & Labyr. *part.* 2. *cap.* 11. *num.* 67.

52 Y es la razon: Porque la disposicion condicional à favor de vno, si este muere ante eventum eius; no se transmite à sus herederos, y mucho menos si fue potestativa, y muriò sin cumplirla, aunque sean los herederos descendientes; *leg. A testatore* 109. *leg. Cum ita* 94. *ff. de condit. & demonst. leg. In*

causa,

causa. §. *Pomponius*, *ff. de minorib.* ni en los contratos passa la potestativa à los herederos; *leg. Qui Roma*, §. *Augerius*, *ff. de Verb. Oblig.* §. *Ex conditionali instit. eod.* vbi D. Pichard. cum plurib. Dom. Castill. *tom.* 4. *cap.* 55. *à num.* 57. & *cap.* 56. *à n.* 63.

53 De que resulta manifiesto, que aviendo sido este vn legado, vt supr. dixim. hecho à el Mayorazgo, y sus Posseedores, en quienes passò dominio, y possession, revocable solo en caso, y condicion de redimir todos los dichos censos la hija, yerno, y nieto de la Fundadora expresse nominados, y no aviendo cumplido alguno de los susodichos, quedaron dicho dominio, y possession de estas casas en el mesmo, y sus Posseedores, como lo estuvo desde la muerte de la Testadora; y con mayor razon juridica, por aver sido este no cumplimiento por no querer los susodichos, quando aun en caso de no poder por aver premuerto el Fideicommissario ante conditionis eventum, se queda el Legatario con el legado, sea casual, ò potestativa, sin que en la potestativa puedan cumplirlo los herederos; y ni en vna, ni otra tengan derecho, ni recurso alguno. Es terminante, como notorio in iure, *vt leg. Latius* 88. §. *Scebola*, *leg. Iulianus* 60. *leg. Si quis Titio* 17. *de leg.* 2. *leg. In causæ*, §. *Pomponius*, *ff. de minorib. leg.* 4. *ff. quand. die*, *leg. Ced. leg. Vnica*, §. 4. *C. de caduc. tollend.* & *dict. leg. A testatore* 109. *ff. de cond.* & *demonst.*

54 Y se confirma esto de lo que enseña el Card. de Luc. *de Leg. disc.* 29. *per tot. max. num.* 4. en vn caso, y pleyto parecido à el nuestro en el no implemento de el gravamen puesto à el Legatario, y và probando, que se queda, y retiene en el primero; que era quien avia de restituirlo, enseñando como es legal, que quando el Legado, ò Fideicomisso incurrit in causam caduci, que esto sucede quando es condicional,

cional, y no se cumple la condicion, que entonces el legado no naciò, ni tuvo principio, ibi: *Ac proinde jure continuationis perseverare dicuntur bona, tamquã per cessationem causæ productivæ separationis, seù dismembrationis.*† Quod augetur, pues aun en caso que no tuviera esta parte sì solo la possessión de estas casas, adveniente caducatione prædicta per non implementum conditionis, se quedaba en el Legatario jure possessoris. Es terminante la Glossa, §. *Scebola*, verb. *Petere*, *leg*. 88. *de leg*. 2. ibi: *Potior est conditio hæredis, vel Legatarij possidentis.* L. si quis Titio. 13. de leg. 2. L. Julianus. eodem.

lom. Luc. de Regalib. num. 123. per tot. ex. ant. 6.

55 No serà apreciable en vista de la Clausula, que da forma à la redempcion, el dezir, que esta quedò a cargo de los successores del Mayorazgo, por constar lo contrario, y ser preciso en el caso presente; pues dize la Fundadora, que su hija, yerno, y nieto rediman todos los censos de el Mayorazgo, porque los Posseedores perciban su renta integra, y en el interin se paguen los reditos de la renta de estas cinco casas suyas propias, y para ello se le entreguen à el successor de su Mayorazgo: la hija era primera successora, y heredera tambien; y siendo su voluntad expressa atender, à que el successor percibiesse integra su renta, es evidente la distincion de personas que expressò, y contemplò en su hija, como tal successora, y heredera; y tambien es evidente, que el gravamen lo puso à esta, como heredera, pues le manda que redima como su hija, id est heredera, y que en el interin, para efecto de pagar los reditos, porque no se disminuya la renta de el Mayorazgo (no para redimir) se le entreguen las casas à el successor, distinta persona formalmente de la hija gravada à redimir, pues bien notorio es, puede vno representar dos personas, quando tiene, ò exerce dos encargos distintos, sin perjudicarse, ni confundirse; *leg. Tutorem*, *ff. de his,*

quibus,

quibus, vt indign. leg. Si pater, §. Qui duos, ff. de adopt. Gratian. *cap.* 111. *num.* 13. Dom. Solorç. *tom.* 1. *lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 6. Dom. Salg. *de Reg. Protect. part.* 4. *cap.* 8. *à num.* 274. *plenissimè.*

56 Amplius; porque de aver redimido los censos, resultaba la vtilidad de percebir para sì las casas libres la hija, como heredera, y à su hijo, y a el Mayorazgo, no le tenia mas quenta el que se libertara de censos, que el posseer, y tener las casas para pagarlos, y finalmente estava bien de qualquiera suerte, pues estava en possession de las casas: Luego por medio alguno es impossible afirmar, que la condicion, y gravamen de redimir se puso à los successores de el Mayorazgo, quando no iban à adelantar, ni percebir nada mas; con lo qual se desvanece el juizio, y computo voluntario, que se haze por la contraria de lo que ha percebido esta parte desde que las possee, suponiendo de su obligacion la redempcion; y que cumplido con lo que falta de dicha redempcion à su antojo, debe restituir las con lo demàs que supercreciere, sin hazerse cargo de lo literal de la Clausula, y de estar puesto nominatim, & expressive el gravamen de redimir, ibi: *A Doña Juana Davila mi hija, Don Geronimo Davila mi yerno, y Don Martin Davila mi nieto.* Exquibus ad nullum alium extenditur, *vt supr. num.* 51. *dixim.* Salg. Labir. p. 2. q. 10. ans. 103. Castill. tom. 5. q. 112. cf35. Luc. ... 123. n. 2.

57 Fortasis oponent; que este Mayorazgo no tuvo existencia, ni sus bienes se han posseido como de Mayorazgo fundado por Doña Juana de Cuenca y Villacreces, si no es como bienes de el fundado por su hija, y yerno doze años despues, sed me hære deæque voluntaria erit, ac cæterę in progressu littis opositæ; lo primero, porque este Mayorazgo desde que muriò la Fundadora, quedò perfecto in suo esse, y en possession Real, y legitima de tal, sin neces-

 sitar

fitar de acto alguno de aprobacion, aceptacion, ni otra diligencia de su hija para ello, por averlo aceptado à el tiempo de su Fundacion con la aprobacion, consentimiento, y obligacion à su observancia, que con juramento hizieron, y ofrecieron, como consta del mesmo testamento, y assi quedò inalterable morte testatricis, y por ministerio de la ley 45. de Toro, se les transiriò la possessión civil, y natural à dicha Doña Juana de los bienes de dicho Mayorazgo, con todas sus anexidades, qualidades, y circunstancias, sin que en este caso quede lugar à la question, y controversia, que entre los señores Molina, sus Addent. Paz, Mieres, y Anton. Gom. ay sobre si à el primero successor le transfiriò la ley la possession, ò la recibe de el Fundador, porque estamos en los terminos quibus sedatur hæc quæstio de ser fincas señaladas las de este Mayorazgo, y no aver dado la Fundadora la possession de ellas en su vida; vt tuetur Dom. Paz *de Tenut. cap. 25. per tot. maxim. à num. 6.* Dom. Addent. *lib. 3. cap. 13. num. 40.* Anton. Gomez, *in leg. 45. Tauri, à num. 117.*

l. 3. q. 13. ex princ. ... Addent. l. 4. q. ... n. 110.

58 Siendo, pues, cierto lo referido en hecho, y derecho, lo es tambien, que estuvieron doze años en este goze de bienes, como Mayorazgo de su madre, sin aver acto de displicencia, ò contradicion a ello, y sin poderse presumir otra cosa conforme à derecho, attentis aprobatione, consensu, & obligatione iurata super observantia prædictis, sin que obste si dicatur, que posseyeron como herederos, porque es impossible ex dictis, respecto que el acto executado por el que representa dos personas, oficios, y Dignidades, sin declarar ex qua operatur, vel facit, se entiende lo executa por virtud, ò respeto de el titulo, ù oficio à quien pertenece, y toca: Veluti, in administratore, Tutor, Curador, vel similis generis persona;

ex

ex leg. Fin. ff. de instit. action. leg. Lucius 46. §. Tutorem 2. leg. Qui negotiationem 58. ff. de admin. tutor. docent. Gutierr. *de Tutell. part. 2. cap. 10. num. 9.* Guzman *de Evict. quæst. 53. num. 24.* Dom. Valenç. *consej. 33. num. 106.* Dom. Salg. *de Reg. Protect. 4. part. cap. 8. num. 290.*† Quien, pues, se atreverà à afirmar, que todo el discurso de doze años, que passaron desde la muerte de su madre hasta la alteracion voluntaria, y nula, sin el menor acto, ni indicio de contradicion à la disposicion de su madre, posseyeron estos bienes, no como de Mayorazgo, sino es como de herencia libre, resistiendo à esto vltimo su obligacion jurada, y todo el derecho de las gentes?

Salvr. p. 3. q. 2 31. Hoguer. alleg. 3 an. 51.

59 Amplius; porque estando fundado, y perfecto irrevocabiliter el Mayorazgo, no se puede deshazer, ni alterar, aunque quieran el mesmo Fundador, è interessados, Dom. Molin. *de Primog. lib. 4. cap. 2. num. 79.* Dom. Castill. *tom. 6. cap. 128. n. 16. in medio.* Dom. Larr. *decis. 57. num. 3.* por el perjuizio de la causa publica, quæ versatur in maioratibus, y de los demas comprehẽdidos en la Fundacion (eius natura attenta) no nacidos entonces. Pues à vista de estas reglas indefectibles, què aprecio se puede hazer de la revocacion, ò alteracion nula, y contraventiva de la hija sola à contemplacion de su marido, por agregar estos bienes à el Mayorazgo, y familia suya de los Davilas, deshaziendo, y obscureciendo los nõbres, y Apellidos de su madre, y Abuelo, que la Fundadora quiso, y pidiò expressè, vsassen sus Posseedores segun el sexo?

60 Añadiendo circunstancias à lo dicho, la prohibicion expressa de la junta de este Mayorazgo à el de los Davilas, que dispuso la Fundadora enixamente, y que sus Armas fuessen puestas en mejor lugar en sus Escudos, y Reposteros? Contra cuya voluntad,

luntad, con tantas prevenciones dispuesta para su conservacion, y perpetuidad, executaron la hija, y yerno la referida contravencion, queriendo borrar el ilustre Nombre, Apellido, y Armas del Linage, y Familia de su madre, y Abuelo, para aumentar, y conservar las de estraños, respecto de su madre. La justa quexa que formaria, si fuera possible, esta Fundadora, la ponderò el Consulto Vlpiano con elegancia, *in leg. Qui liberalitate*, §. *Fin. ff. de Oper. Public.* ibi: *Ne eius nomine, cuius liberalitate opus extructum est, eraso aliorum nomina inscribantur.* † Et præterea, fue nula dicha alteracion, porque iure prohibetur, el que vno se pueda mudar per se solum, sibi ipsi, el titulo de possession de vna cosa; *leg.* 3. §. *Illud quoque, ff. de acquir. possess. quia daretur actio, & possio in vno, eodemque subiecto*; y dieramos caso que vno podia verter, donar, &c. asimesmo quod abhorret.

61 Tenemos dicho, que la parte contraria no lo es para este pleyto, y nos parece queda fundado con evidencia en lo discurrido hasta aqui, *maxim. num.* 51. & 52. en que probamos, que la Facultad de sacar estas casas subconditione redimendi censos, se concediò nominatim, & expressis nominibus propijs à la dicha Doña Juana, su marido, y hijo, en quienes espirò, sin poderse estender à otros; † y assimismo probamos, que por ser condicion potestativa, no cumpliendo aquel, ò aquellos à quienes se pone, es inestensible, ò transmissible a los herederos de aquellos, aunque sean sus descendientes, *dict. num.* 52. quod est commune in iure, de suerte, qui ni en los contratos, en que las condiciones son transmissibles à los herederos, en siendo potestativa tampoco se trasmite; *leg. Qui Romæ*, §. *Augerius, ff. de Verb. Oblig.* Dom. Covarr. *Pract. cap.* 39. *num.* 5. Gutierr. *de Iuram.* 1. *part. cap.* 37. *num. fin.* Cevall. *quæst.* 727. *ex*

n. 51.

n.51. & quaſt. 900. ex n. 50. D. Pich. §. *Ex conditionali, n. fin. inſt. de Verb. Oblig.*

62 Amplius; porque en eſte caſo fuera mayor el deſconcierto, y deſvarato de razon del que penſara, que à la parte contraria, ſu Padre, y Abuelo, ſin ſer deſcendientes, ni parientes de la Fundadora, ſe les avia tranſmitido la meſma facultad de adquirir eſtas caſas, rediniiendo los cenſos (aunque ſe allanaran oy à ello) que ſe concediò à la hija, y nieto nominatim; pues aun en caſo que fuera tranſmiſsible à los deſcendientes (que no lo es, vt manet fundatum) fuera violencia preſumir, que tambien lo fue à los eſtraños; *optimè leg. Pater filiæ 6. ff. de ſerv. legat.* ibi: *Nè quod affectu filiæ datum eſt, hoc ad exteros hæredes tranſire videatur. Facit etiam leg. Fundum 14. ff. de contrah. empt. leg. 35. ff. de minor. leg. 26. ff. de bon. libert.* Cancer. *cap. 20. num. 251. tom. 3.*

...tonus. 28. de ...fin. Castill. tom. ... n. 24. §. supposito. ...cip.

63 Confirmatur; de que no ay diſparidad de razon, para que aſsi como intenta la contraria vſar de la facultad de ſacar eſtas caſas, concedida vnicamente à la hija, y nieta de la Fundadora, tambien no intente el ſeñalar los dozientos ducados de renta fixos para eſte Mayorazgo, y alçarſe con todos los bienes de èl, para vſar como quiſiere de ellos, pues tambien eſto concediò la Fundadora à ſu hija en la meſma Clauſula, & in eadem oratione, cum diſiunctiva formata, *vt ſupr. relat.* No avrà quien niegue, ſeria abſurdo tal intento en la contraria, porque eſto fue perſonaliſsimo à la hija, y nieto: Luego tambien lo es en quanto à las caſas; y de eſto reſulta la deſproporcion, y eſtrañeza de pretender la contraria en eſte pleyto, que ha ſido obligacion de el Mayorazgo, ſus Poſſeedores, y de eſta Parte, como tales, redimir los cenſos, y que ha de bolver lo que ſupercreciere de el tiempo de ſu poſſeſsion, queriendo que vn eſtraño ſea

exempto (dado q̃ tuviera algun derecho) y los hijos gravados, neque vidimus, neque audivimus.

64 Et tandem, vt receptui canamus, aunque cessaran los fundamentos tan seguros, è innegables en buena disposicion de derecho, que dexamos sentados, ya se quiera mirar hazia la possession, que pretende la contraria con omnimoda resistençia iuris, assi en la substancia, por estàr esta en possession 18. años ha, en virtud de la Executoria de Tenuta, attenta fundatione, en que expressamente se contienen las casas de este pleyto, y constar no ser parte; como en el modo, y forma de juizio intentado possessorio, que dexamos demonstrado ser impossible attenta legali resistentia, y la carta Executoria; y aunque no huviera esta, hallandose esta parte en possession 18. años ha, y con titulo expresso, como es la Fundacion (semota Executoria) quien se atreveria à intentar el remedio de la *ley* 45. *de Toro*, contra titulo posidentem per tot tempus, quando son tan sabidas las reglas contrarias, que nos enseña en esto el señor Molin. con NN. DD. de la materia que cita, y sus Addent. *lib.* 3. *cap.* 13. *ex num.* 52. y quando ni sobre cosa alodial, en passando diez años de possession, se admite juizio possessorio, si no es de reivindicacion.

65 Y finalmente, si oy fuera possible preguntar a la Fundadora (quando huviera alguna duda, ò igualdad de fundamento por vna, y otra parte) quien era su voluntad quedasse con estas casas, si el Mayorazgo de los Davilas totalmente estraños, cuya junta no quiso, y que para ello se desabrigasse el suyo, o en el que tanto premeditò, ò solicitò su conservacion, y en èl la de su Nombre, y Apellido, y el de su Padre? Quien podrà dudar, que resolviera por su Mayorazgo, y por esta parte, y sus descendientes, que

son

son de su linage, y familia, y llevan su Apellido, Nombre, y Armas? Es argumento este, y presumpcion canonizada en el Derecho; *ut habetur in Gloss. leg. Tale pactum, §. Fin. ff. de Pact.* Dom. Molin. *lib. 1. cap. 4. num.* 24. D. Castill. *tom. 4. cap.* 55. *num.* 69.+ Mantic. *de Coniectur. lib.* 11. *tit.* 20. *num.* 18. Exquibus omnibus, espera esta Parte se ha de declarar, no poder continuarse el Juizio Possessorio intentado, mandando, que la contraria continùe el Juizio de Propiedad començado por su Padre, y Abuelo, que està pendiente en la Sala: (Et si quod absit in nostro iuditio, à iure averrabimus) ay lugar en la disposicion de derecho, à que se continùe dicho Juizio, que en todo se ha de determinar à favor de esta Parte. Salva, &c. in omnibus V. D. C.

+ Et cap. 13. n. 6. ubi
cto militar, y se obs.
in ultimis volun
bus, et contractibu
in quacumque ma
= Todo lo qual ve
mayor fuerza en el
so presente porno q
dar descendiente a
no de la fundadora
quien represente
persona, y derech
no su Mayorazgo, f
es increible q. dis
pusiera a los ext
a su Mayorazgo f.ta el pore de
casas, Concepto preciso q. ve
de la Ley. Cum in testamento.
bus dubiis. ibi: Secundum
quod credibile est
gitatum credendu
est l. quem here
ff. eod.

Lic. D. Pedro Cavallero
y Callejas.

tan de su linage, y familia, y llevan su Apellido, Nombre, y Armas. Es argumento este, y presumpcion [illegible] fundada en el Derecho, ex Authentica Clem. [illegible] legitimum, § [illegible] Leon. Molin. lib. 1. cap. 4. num. 2 [illegible] D. Castill. tom. de [illegible] 55. num. 49. [illegible] tin. de [illegible] lib. 11. tit. 20. num. 1 [illegible]. Ex quibus omnibus, [illegible] esta Parte se ha de declarar, no poder continuarse el Juizio Posessorio intentado, mandando, que la contraria continue el Juizio de Propiedad [illegible] por su Padre, y Abuelo, que esta pendiente en [illegible] (Et [illegible]) [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] [illegible] D. G.